

347.963.343.122(8)
343.123.341.963(6)

O papel do Poder Judiciário em face do Sistema Processual Penal Acusatório

AFRANIO SILVA JARDIM
Promotor de Justiça — RJ*

Situação processualmente inusitada foi criada por recente decisão, ainda não publicada, da Egrégia 4.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ao julgar a Reclamação de n.º 13/88, em 30 de agosto passado, o referido órgão jurisdicional revogou despacho judicial que encaminhava peças de informação à Polícia Civil, tendo em vista requisição de instauração de inquérito formulada anteriormente, naqueles autos, pela Promotoria de Justiça. Vejamos a ementa do v.aresto:

“Reclamação. Crime do art. 184, § 1.º, do Código Penal. Ação pública incondicionada. Se o Ministério Público tem posta à sua apreciação a existência do delito, a autoria e a qualificação dos apontados infratores, não tem pertinência a instauração de inquérito policial para o fim de subsidiar a inauguração da ação penal, onde poderão ser ouvidos os mesmos. Laudo pericial técnico que constata a reprodução indevida e a inexistência de autorização do autor da obra, constitui *fumus boni iuris* para justificar a denúncia. Procedência da Reclamação, com a revogação do despacho que ordenara a baixa dos autos.”

Para melhor compreensão da hipótese concreta, fazemos um breve relato dos fatos que antecederam tão surpreendente acórdão.

Dizendo-se ofendido do crime de violação de direitos autorais, tipificado no art. 184, § 1.º, do Código Penal, renomado compositor requereu a medida preparatória prevista no art. 525 do Código de Processo Penal, realizando-se exame pericial na fita apreendida através de regular mandado judicial.

Homologado o laudo pericial, constataador da utilização indevida da música do ofendido, em comercial veiculado pela televisão, foi aberta vista dos autos ao órgão

* Livre-Docente em Direito Processual Penal pela UERJ. Professor de Direito Processual da Faculdade Cândido Mendes (Centro) e da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do curso de especialização das Faculdades Integradas Estácio de Sá.

do Ministério Público com atribuição perante o Juízo para onde fora distribuída a **notícia criminis**.

Entendendo não ter elementos para oferecer denúncia, a Promotoria de Justiça requisitou, por cota nos autos das peças de informação, instauração de inquérito à Polícia Civil, nos termos do art. 5.º, inc. II, do Código de Processo Penal vigente. Em razão deste pronunciamento do Ministério Público, o magistrado determinou a remessa dos autos à delegacia policial para cumprimento da mencionada requisição.

O ofendido, entretanto, não se conformou com a não propositura, de imediato, da ação penal pública incondicionada, apresentando reclamação ao Colendo Tribunal de Justiça, precedida de requerimento de reconsideração do despacho judicial.

Desta forma, os autos das peças de informação foram distribuídos para a Egrégia 4.ª Câmara Criminal que prolatou o aresto ora examinado.

Devolvidos os autos ao Juízo de origem, a correspondente Promotoria de Justiça se negou a oferecer a denúncia, requerendo a sua remessa ao Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça, no que foi deferida.

Desta apertada síntese, já se percebe a presença de duas questões da maior relevância para o sistema processual penal. Primeiramente, importa saber se o Tribunal decidiu corretamente, vale dizer, se o Poder Judiciário pode formular a **opinio delicti** pelo Ministério Público. A segunda questão, refere-se a como deverá proceder o Procurador Geral que discordar da decisão do Tribunal. Estará o chefe do **Parquet** obrigado a oferecer denúncia ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo? Em caso contrário, como agir sem violar a decisão do Tribunal de Justiça?

A primeira das questões suscitadas acima se nos afigura de enfrentamento mais fácil, tendo em vista o sistema processual penal acusatório e os princípios que dele extraímos. Em estudo doutrinário sobre a estrutura do nosso processo penal escrevemos: "A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que conseqüências lógicas destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes". Nos itens seguintes daquele trabalho, examinamos a evolução estrutural do processo penal, evoluindo de um sistema acusatório individualista e liberal e desembocando no sistema acusatório público, após superar a nefasta forma inquisitiva. Nem mesmo a forma mista do Juizado de Instrução foi adotada pela nossa moderna legislação. "Reflexão teórica sobre o processo penal, Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres", Rio, Forense, 1987, 2.ª edição, págs. 51/60).

Trabalhando com os princípios que informam o sistema processual penal em vigor, constata-se que o Tribunal não tem como obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia que o órgão acusador entenda incabível, pois estar-se-ia violando o salutar princípio da demanda ou ação, resultante de outro princípio absolutamente importante: **ne procedat judex ex officio**. O juiz não pode provocar a sua própria jurisdição, formulando a **opinio delicti** que é exclusiva do Ministério Público, (art. 129, inc. I, da nova Constituição da República).

Por tudo isso, o consagrado prof. Fernando Tourinho Filho pergunta e responde: "E, se o Promotor entender que a diligência é imprescindível, poderá o Juiz

indeferir o pedido de devolução dos autos à Polícia? Entendemos que não, porquanto o **dominus litis** é o Ministério Público. A ele cabe formar a **opinio delicti**". ("Processo Penal" São Paulo, Saraiva, 1986, 8.ª ed., 1.º vol., pág. 348).

Em face de caso semelhante ao que ora examinamos, elaboramos parecer demonstrando longamente a impossibilidade de o Poder Judiciário provocar, ainda que indiretamente, a sua própria jurisdição, fazendo com que o Ministério Público apresente imputação que a seu ver é incabível ou prematura, (ob. cit. págs. 305/311).

Agora, diante da nova Constituição da República, a questão ainda se tornou mais fácil, vez que estão varridas do nosso sistema processual quase todas as funções persecutórias, por isso que anômalas, que o velho Código de Processo Penal ainda, residualmente, deixara ao Poder Judiciário. Isto se depreende do teor dos incisos do art. 129 da Constituição, bem como do tratamento sistemático dado à estruturação da atividade jurisdicional do Estado, que não se compatibiliza com o controle externo da polícia judiciária. Não foi por outro motivo que a Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro expediu a Portaria n.º 191/88, publicada no Diário Oficial de 24.10.88, parte III, pág. 9. Tal ato lastreou-se no brilhante e extenso parecer do culto magistrado Dr. Nagib Slaibi Filho. A partir de janeiro próximo, os autos das investigações policiais serão remetidos diretamente aos órgãos do Ministério Público, que decidirão o que melhor convém em termos de sua atuação persecutória, mantendo-se, tão-somente, o controle do arquivamento do inquérito e ressaltada a atividade jurisdicional de natureza cautelar ou de contra-cautela.

Destarte, podemos asseverar que, pelo sistema processual acusatório, adotado pelo vigente Código de Processo Penal e depurado pela nova Constituição, descabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público quando e como deve ser proposta a ação penal pública. Não fosse assim, o princípio **ne procedat judex ex officio** restaria comprometido, ainda que indiretamente, sacrificando a indispensável neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário.

Passemos ao exame da segunda questão suscitada pelo aresto ora criticado. Se o Procurador Geral também entender, como já se manifestara a Promotoria de Justiça, inexistirem os elementos probatórios para o oferecimento da denúncia, como deve manifestar-se?

A toda evidência, consoante vimos acima, o acórdão não tem força jurídica para obrigar o Ministério Público a propor a ação penal, devendo ser interpretado como sendo mais um instrumento de fiscalização do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação pública.

Aqui, a analogia é perfeitamente cabível, possibilitando a aplicação da regra do art. 28 do Código de Processo Penal. Vale dizer, se o Poder Judiciário entender que a Promotoria de Justiça não exercita a ação que se apresenta como obrigatória no caso concreto, determina a remessa dos autos ao Procurador Geral, que dará a última palavra, como acontece na hipótese de arquivamento indeferido. Nestas duas situações a ação penal pública não foi exercida, cabendo ao Poder Judiciário fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade. Mais do que isso, não cabe ao órgão jurisdicional, pois violentaria também o princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes da República.

Aliás, mesmo sob o aspecto prático, não teria o Poder Judiciário como obrigar concretamente o Ministério Público a oferecer a sua denúncia, imputando ao réu esta ou aquela conduta.

Por outro lado, visto o problema sob ângulo diverso, é preciso atentar que o direito de ação tem assento constitucional, não podendo o Poder Judiciário impedir que o seu titular se aparelhe para exercitá-lo, no momento em que julgar adequado, segundo **opinio delicti** que lhe é exclusiva.

Em outras palavras: tratando-se de um "processo de partes", não compete ao órgão jurisdicional provocar a sua jurisdição, bem como impedir que a parte se instrumentalize para fazê-lo, no futuro. O que cabe ao Poder Judiciário é fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo sistema consagrado no atual Código de Processo Penal. Destarte, se a Promotoria de Justiça não oferece denúncia, embora já disponha de elementos para tal, o órgão jurisdicional poderá remeter os autos do inquérito ou peças de informação ao Procurador Geral, que decidirá sobre a propositura ou não da ação, podendo determinar o prosseguimento das investigações policiais.

Em resumo, qualquer pronunciamento do Poder Judiciário contra o não exercício da ação penal pública deve ser entendido como uma forma de fiscalizar o correspondente princípio da obrigatoriedade, aplicando-se a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia. Este é o único caminho que se abre, no caso concreto, ao Ministério Público, sob pena de violentar o sistema acusatório e a sua independência e autonomia institucional, hoje princípios inseridos na própria Constituição da República.

